

TESIS DOCTORAL

Dra. Andrea Fabiana
Raña -Especialista en
Derecho Penal y Cien-
cias Penales-

Tema:

"La Mediación en
el Derecho Penal de
Menores"



INDICE TEMATICO:

- Análisis histórico del tratamiento y resolución de los conflictos.
- El Poder Judicial: crisis de su funcionamiento.
- La crisis del sistema penal.
- La resolución alternativa de disputas.
- Resolución de conflictos: alternativa o adecuada.
- Resolución alternativa de conflictos y sus mitos.
- Mediación: análisis de su significación.
- El mediador: atributos personales del mediador.
- La Ley 24.573 de mediación y conciliación.
- Nuestro actual sistema procesal penal: principio de legalidad.
- Principio de oportunidad.

- La despenalización penal: posturas abolicionistas y minimalistas.
- Sistema penal actual y abolicionismo. Posibilidad de establecimiento de un sistema intermedio.
- Breve ensayo sobre la percepción del ciudadano frente al derecho penal.
- Constitucionalidad e inconstitucionalidad de la mediación prejudicial y obligatoria.
- La víctima y el derecho penal.
- Mediación penal en Estados Unidos de Norteamérica: programa modelo "Víctima-Ofensor VORP".
- Mediación penal en España.
- Ley orgánica 4/1992, del 5 de junio sobre reforma de la ley reguladores de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores en España.
- Análisis de la ley orgánica 4/92.

- Procedimiento utilizado en el programa de mediación y reparación en España.
- Datos estadísticos correspondientes al programa de mediación español, circunscripto a los años 1990/97.
- Proyecto: "Mediación penal en la República Argentina".
- Opinión personal.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

ANALISIS HISTORICO DEL TRATAMIENTO Y RESOLUCION DE LOS CONFLICTOS

La resolución óptima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo la coacción. Confucio.

La mediación entendida como método de solución de conflictos no es una adquisición de reciente data, muy por el contrario, encontramos antecedente de esta práctica a lo largo de la historia.

En este sentido, en otras épocas y culturas encontramos que ante un conflicto las partes involucradas solicitaban la ayuda de una tercera persona para, por esta vía, arribar a la resolución del mismo mediante la toma de sus propias decisiones.

En China se utilizaba la mediación como principal método de solución de conflictos. Resulta interesante destacar la importancia que el sistema legal Chino otorga a la voluntad de las partes y a la autodeterminación de éstas en miras a la solución de controversias. Actualmente, en la República Popular China se continúa utilizando la mediación y la misma se practica a través de los Comités Populares de Conciliación.

Un claro exponente de las ventajas en la utilización de métodos de solución de desavenencias alternativos al clásico proceso judicial es Japón. Analizando la historia de Japón podemos advertir la importancia que se le atribuye a la resolución de conflictos por vías menos formales como así también, puede advertirse que el incremento en la adopción de métodos como la mediación o la conciliación se deben, en gran parte, a las trabas formales que cuenta dicho país para la tramitación de procesos judiciales, repercutiendo esto también, en una escasa cantidad de abogados que se encuentran allí matriculados.

En ésta línea de pensamiento, podemos hacer un paralelo con nuestra situación actual y notaremos que nuestras universidades se encuentran abarrotadas de estudiantes de derecho como así también que los planes de estudios se encuentran académicamente orientados a la resolución adversarial de conflictos, que enseñan a pleitear y no a conciliar intereses y posiciones. Por otra parte, la ausencia de barreras procesales para la iniciación de causas judiciales aumenta el índice de litigiosidad y desacredita la opción de intento de solución por cualquier otra vía que no fuera la judicial.

En igual sentido, en África advertimos que antiguamente se acostumbraba el tratamiento de los conflictos y la búsqueda de soluciones dentro del entorno familiar o grupal, y sin embargo, con el tiempo dicha costumbre ha sido modificada con la utilización de mecanismos formales de solución de desavenencias. ¿Cuál ha sido el o los factores que incidieron en dicho cambio? El cambio se debió a que la sociedad no es un compartimento estanco, sino, que muy por el contrario se encuentra en permanente cambio y movimiento. En un principio, los jefes de familia ejercían una verdadera autoridad, eran sumamente respetados y transmitían su experiencia y sabiduría dentro del contexto en el que vivían. De este modo, en algunos sectores de África era frecuente que cualquier vecino convocara a Asamblea o Junta de Vecindario en la que una autoridad o habitante del lugar que revistiera calidad de personalidad respetada actuaba como mediador para que aquellas personas involucradas en conflictos pudieran, mediante su ayuda, resolver las desavenencias en un clima de cooperación.

Este mecanismo informal de resolución de conflictos tenía por meta el logro de una conciliación sin la participación de jueces ni de ningún otro tercero, que haciendo uso de su autoridad

y poder pudiera imponer resoluciones y sanciones. Así observamos que como fuera anteriormente referenciado, los jefes de familia patriarcales y matriarcales solían encabezar estas asambleas o juntas. Esta situación se ejercitó y perduró mientras que la estructura social de la región continuaba conformada por grupos sociales de extensas líneas de parentesco. Luego, el tipo social se modificó, la gran familia rural se trasladó a la ciudad, formando pequeñas poblaciones y de la familia extendida se pasó al núcleo familiar o familia nuclear, en la que ya no se contaba con un jefe de familia que representara una autoridad para un gran número de personas, por lo que se reemplazaron las asambleas y juntas de vecindario por mecanismos revestidos de mayores formalidades. Así notamos, que un mecanismo que en un determinado tiempo y lugar resultaba beneficioso y práctico, con el paso del tiempo y habiéndose modificado las circunstancias, ya no resultó posible su utilización.

Con lo expuesto, queda resaltado entonces, que la transpolación de institutos que en su lugar de origen ofrecen resultados magníficos, al ser utilizados en otros ámbitos, pueden no obtener el resultado exitoso esperado, con lo cual es necesario analizar minuciosamente el contexto en el que se

quiere efectuar modificaciones antes de implementar reforma alguna.

También las distintas religiones colaboraron para una solución pacífica de conflictos. Así, a lo largo de la historia y sin importar de qué religión se tratara, las autoridades representativas de los diversos credos colaboraron para que sus fieles resuelvan sus diferencias en un clima de cooperación fomentando con ello la paz social. Sacerdotes, párrocos, rabí han sugerido formas para la convivencia pacífica y organizaciones de los integrantes de la sociedad. A modo de ejemplo, en el Nuevo Testamento encontramos un claro mensaje por el que Pablo recomienda a la congregación de Corinto que no resolvieran sus desavenencias ante los Tribunales sino que lo realizaran mediante el nombramiento de personas de la comunidad con la meta de lograr la tan deseada conciliación (Corintio 6:1-4).

Resulta llamativo que toda agrupación, ya sea, de tipo religioso, comercial, racial, hasta inclusive las organizaciones mafiosas siempre han optado por la resolución de sus conflictos dentro de la misma entidad u organización y no trasladar la situación a una autoridad externa, llámese rey, señor feudal,

juez, Estado, etc.; para de este modo conservar la independencia, el control de la situación.

Dentro de la religión judía, ha existido un consejo integrado por un grupo local de rabinos, denominado Beth Din Judío que ha actuado como mediador durante mucho tiempo.

Los conflictos civiles, comerciales, como así también algunos penales desde el siglo II son sometidos voluntariamente para su resolución ante la mediación rabínica, y en todos los casos la decisión del mismo deviene inapelable. El decisorio proviene del viejo testamento o Din-Torah como así también del Talmud. Pero no cualquier rabino se encuentra facultado para el cumplimiento de dicha función, debe tratarse de un especialista en interpretación exegética para su aplicación al modelo conciliatorio. En este sentido, cada una de las partes en conflicto pueden contar con asistencia jurídica con conocimiento obviamente, la ley talmúdica. El dictamen final es firmado por las partes y sin perjuicio de que no se realiza un seguimiento de su cumplimiento, el dictamen firmado reviste una importancia social y religiosa de consideración, por lo cual, en caso de denuncia por incumplimiento del mismo, el rabino solicitará explicaciones y en caso

de éstas no resultar satisfactorias se lo sancionará. Pero, es precisamente aquí en donde merece especial consideración el tipo de sanción a aplicar. Esta es una sanción de tipo social, con referencia a la comunidad. Generalmente el tipo de sanción social que se aplica es la atinente a que el día que la persona que incumplió su compromiso muera, no se lo enterrará en el cementerio comunitario. Esta sanción es muy importante para los judíos, reviste especial interés el lugar en donde descansarán los restos humanos, reflejando ello en forma sintética la labor y el reconocimiento de las buenas acciones realizadas en vida. Los restos de la persona sancionada descansarán en otro cementerio junto a estafadores, ladrones, etc. y esta vergüenza, esta carga, recaerá también en el resto de la familia por la deshonra que esta sanción implica. Asimismo, y en el caso de no contar con un cementerio especial para personas que deshonraron a su comunidad, se depositarán los restos en cementerios comunes, pero la tacha de indignidad se hará notoria también, ya que el lugar en donde los restos descansen será en lugares lejanos, tales como junto a paredones, muros, etc.

En nuestro país, específicamente en Buenos Aires, funcionó para la comunidad judía un centro de conciliaciones, que hasta 1994 cumplía funciones en

la sede de la Amia y luego del monstruoso atentado, siguió cumpliendo sus actividades en otras dependencias de la entidad destinadas provisoriamente a tal fin. De este modo observamos, como la conciliación, mediación ha revestido gran importancia en el ámbito de la comunidad judía. Finalmente, resulta interesante resaltar que inclusive los mismos rabinos, por ejemplo en Polonia antes del nazismo, estaban facultados por la legislatura para el ejercicio de la mediación, inclusive en causas penales y en muchos casos, estos mismos rabinos eran consultados por jueces penales.

Por otra parte, encontramos en Estados Unidos a un claro exponente de la utilización de la mediación. En modo sintético podemos mencionar que distintas agrupaciones han establecido sus propios centros para resolución de conflictos, así encontramos: la Chinese Benevolent Association; el foro de mediación de judío denominado Jewish Conciliation Board, el Christian Conciliation Service, etc.

En la década del 60 surge un gran descontento frente a la lentitud, honerosidad y falta de respuesta de la justicia. Es que en aquella época aparecen innumerable cantidad de reclamos y demandas

entabladas y la justicia se encuentra abarrotada de expedientes sin estar preparada para ello. De este modo, ante la insuficiencia del sistema judicial para dar una respuesta a los ciudadanos, es que éstos se interesan por la utilización de otros métodos alternativos de resolución de conflictos.

En 1964 se funda la Community Relations Services en el departamento de justicia de EEUU para el tratamiento de conflictos raciales y de la comunidad; en 1947 el Federal Mediation and Conciliation Service para atención de conflictos laborales e industriales; la American Arbitration Association para conflictos de la comunidad, domésticos y del consumidor; en 1963 la Association of Family and Conciliation Courts, en 1982 la Family Mediation Association y la Academy of Family Mediators. Son muchas las organizaciones que bajo el lema de la solución pacífica de desavenencias con el uso de la mediación y la conciliación han contribuido a dar una respuesta positiva a las partes en conflicto. El mayor impulso hacia los métodos alternativos de solución de controversias lo encontramos en 1980 cuando el congreso americano aprobó el acta de resolución de conflictos.

Finalmente, resulta importante destacar el interés demostrado por la Federal Law Enforcement Assistance Administration en miras a la utilización de mecanismos en sustitución de los procesos judiciales en el tratamiento de conflictos personales y de la comunidad con proyección hacia el delito.¹

Por todo lo expuesto, resulta evidente que la idea de mediación-conciliación ha existido desde siempre, desde los inicios de la humanidad y que en muchos casos se la practicaba, obviamente, sin tomar conocimiento de que se estaba recurriendo a métodos alternativos informales de solución pacífica de controversias, de que se estaban aplicando técnicas que luego con el tiempo fueron esquematizadas y profundizadas, pero que en definitiva, tenían un mismo horizonte, permitir a las partes tomar conocimiento de la situación, del propio conflicto, asumir responsabilidades y buscar la manera de recomponer la situación, restituir y procurar que el acto cometido no obstaculice futuras relaciones entre las partes. De este modo, podemos decir que desde la creación del mundo, desde que sobre esta tierra existieron dos o más personas se aplicaron técnicas que hoy en día las miramos desde una óptica de lo

¹Para mayor profundización del tema consultar "Desarrollo, definición y funciones de la mediación". Folger Taylor, Mediación : Resolución de conflictos sin litigio.

novedoso pero que en definitiva desde los inicios del hombre lo han acompañado.

"... Si tu hermano llega a pecar, vete, y repréndele, a solas tú con él. Si te escucha, habrás ganado a tu hermano. Si no te escucha, toma todavía contigo uno o dos, para que todo asunto quede zanjado por la palabra de dos o tres testigos. Si les desoye a ellos, díselo a la comunidad. Y si hasta a la comunidad desoye, sea para ti como al pagano o al recaudador de impuestos..." Evangelio según San Mateo 18: 15-17.

Hasta en los pasajes bíblicos observamos la aplicación de las técnicas de solución pacífica y alternativa de conflictos, recurriendo a la subsidiariedad y a un uso escalonado de métodos de posibles soluciones a utilizar. Así, las recomendaciones de San Mateo pueden sintetizarse del siguiente modo: 1º negociación. Si por esta vía no obtengo resultados, recurrir entonces a la 2º mediación. Si tampoco ésta es exitosa entonces utilización de la 3º juzgamiento y si por esta vía tampoco obtengo la respuesta esperada, entonces, sí en última instancias corresponde la aplicación de la sanción, la coerción.-

EL PODER JUDICIAL: CRISIS DE SU FUNCIONAMIENTO

Resulta muy frecuente escuchar críticas relativas al funcionamiento del Poder Judicial. Básicamente esta sensación de insatisfacción percibida por la sociedad puede resumirse en dos ítems fundamentales:

a.-) la sobrecarga de los tribunales

b.-) la falta de satisfacción de los intereses de las partes que se someten al proceso judicial.

Este problema, esta situación de crisis o colapso de la justicia como suele denominarse no es un fenómeno de aparición reciente ni propio de nuestro país. Esta situación es percibida y padecida en el mundo. Aquel sistema judicial que en un principio parecía resultar suficiente, hoy en día se encuentra inmerso en una gran sensación de decadencia.

Particularmente en nuestro país observamos que durante gran parte de este siglo se ha evidenciado, por parte de los estudiosos del derecho como así también por los estudios jurídico-políticos, un gran desinterés por la función judicial, por la resolución real y efectiva de los conflictos. Los orígenes de

ello no se encuentran exclusivamente cercados en nuestro país. El problema es de larga data. Desde el iusnaturalismo racionalista y sus desarrollos positivistas se pensó en la justicia ejercida por un juez, quien ocuparía un papel de nexo entre el caso concreto y la norma prescripta en la ley. En este sentido, el juez aplicaría mecánicamente la norma al caso concreto y en este sentido se ha procurado pautar normativamente la mayor cantidad de situaciones posibles que pudieran someterse a decisión judicial.

La crisis de la justicia se nos presenta como un fenómeno que aumenta día a día. Mientras que la cantidad de procesos aumentan, disminuye la claridad y cantidad de resoluciones. Esta situación de abarrotamiento de los juzgados trae aparejada la deficiente calidad de los pronunciamientos como así también la falta de unidad de criterio. Esto acarrea una repercusión en la sociedad totalmente negativa. Quien se somete a la justicia siente que por esta vía no obtendrá una real y efectiva satisfacción, su confianza en el proceso y en la justicia se debilita.

El sistema de justicia deseado es aquel que responda en forma eficiente, rápida y poco costosa a los requerimientos y necesidades de la comunidad.

Esta situación de ineficiencia presenta diversas vertientes. El conjunto de normas jurídicas reviste en la actualidad mayor dificultad no solo desde un punto de vista cuantitativo -mayor cantidad de disposiciones vigentes- sino también porque la sociedad en su totalidad ha evolucionado, ha cambiado y este cambio también se registró en el grado de complejidad de los conflictos suscitados en su seno y que requieren la actualización legislativa permanente. La diversidad de procesos alcanza situaciones no previstas en épocas anteriores todo esto ocasionado por la aparición de megagrupos, conflictos de involucran interese colectivos, la sofisticación de los negocios, la concentración urbana, tecnificación y prestación de nuevos servicios. Por otra parte, para quienes desarrollan actividades relacionadas con el derecho y más concretamente para quienes administran justicia resulta prácticamente imposible acceder al conocimiento en su totalidad y profundidad del cuerpo normativo vigente a nivel legislativo, jurisprudencial, doctrinal -nacional y extranjero- provocando ello una sensación de inseguridad jurídica.

Agrava la situación la rudimentariedad de la estructura judicial, su falta de tecnificación,

organización, informatización -aunque en estos últimos años se han realizado tareas en este sentido- siendo todo esto reflejo de que el crecimiento y evolución de la sociedad no han sido acompañados con un desarrollo, modernización y evolución a nivel judicial. Los estudios realizados en la Argentina para el análisis y seguimiento de la calidad de la justicia impartida no han sido implementados de manera organizada, sistemática. Los datos estadísticos recolectados no cuentan con uniformidad en su recolección y tratamiento. La información se recibe en forma tardía, dispersa, en muchos casos cuenta con errores, lagunas, completando datos estadísticos sin tomar conciencia de la importancia de los conceptos volcados, con la convicción de que por esa vía solo se cumple una mera formalidad.

La justicia necesita una redefinición con plasticidad suficiente para obtener éxito. Nuestro sistema de justicia se encuentra inmerso en una sociedad que ya no existe, estamos atrasados varias generaciones y las plantas tipo de Juzgados y Cámaras son similares a las que se contaban cien años atrás.

La amenaza es real no hipotética y si el Poder Judicial no reacciona ante esta situación crítica de dilación, lentitud e inoperancia y ante las